

PROCESSO - A. I. Nº 206948.0002/14-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SPRINGER CARRIER LTDA.
RECORRIDOS - SPRINGER CARRIER LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0117-01/15
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21/12/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0409-12/15

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. No presente caso, levou-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Autuado elide substancialmente a autuação ao comprovar com elementos hábeis de provas a existência de incorreções no levantamento fiscal. O próprio autuante acatou os argumentos defensivos parcialmente e refez os cálculos reduzindo o valor do débito. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário e um de Ofício contra Decisão proferida pela 1ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 16/07/2015 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/05/2014, com o objetivo de exigir da oro recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 318.424,74 (trezentos e dezoito mil quatrocentos e vinte e quatro reais e setenta e quatro centavos), em decorrência do cometimento de 02 (duas) infrações.

***Infração 01. RO e RV** – Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2012, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, sendo exigido ICMS no valor de R\$140.555,61, acrescido da multa de 100%;*

***Infração 02. RO e RV** – Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária a das operações de entrada com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no exercício de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$177.869,13, acrescido da multa de 100%.*

O autuado apresentou defesa administrativa em face do Auto de Infração em epígrafe (fls. 231/255), impugnando totalmente o lançamento.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 330/336), elaborando novo demonstrativo fiscal, que reduziu o valor das infrações.

Em seguida houveram diversas manifestações de ambas as partes, até que a instrução fosse concluída e os autos remetidos à apreciação pela 1ªJJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração, nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, cabe-me apreciar à preliminar de nulidade do Auto de Infração sob o fundamento de que o autuante deixou de produzir qualquer elemento de prova em relação aos fatos que dão ensejo à autuação, além de ter agido unilateralmente com a exclusiva consideração de informações eletrônicas, com evidente cerceamento do seu direito de defesa. Alega o impugnante a ausência no lançamento de uma prova necessária à demonstração das omissões, no caso o agrupamento dos itens comuns, conforme determinado no art. 3º, III, da Portaria nº 445/1998, que na situação são os mesmos códigos de produto e descrições. Nesse sentido, invoca o art. 130, II, da Lei n. 3.956/1981 e o art. 18, II, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Na realidade, não vislumbro, no presente caso, os vícios apontados pelo autuado que pudessem invalidar o lançamento de ofício em lide.

Verifico que os denominados “Papéis de Trabalho” elaborados pelo autuante, de fato, se encontram gravados no CD anexado ao Relatório da Fiscalização, fl.13 dos autos, tendo sido entregues ao autuado sob forma de arquivos eletrônicos, conforme “Recibos Eletrônicos”, acostados às fls. 222/223. Observo, ainda, que o autuado foi devidamente intimado da ação fiscal, conforme intimações acostadas aos autos às fls. 08/09 dos autos.

Verifico, também, que o registro feito pelo autuante de que os arquivos eletrônicos foram abertos normalmente na presença de preposto da empresa, no ato da entrega, o que possibilitou o exercício pleno do direito de ampla defesa e do contraditório, não foi rechaçado pelo autuado, o que permite concluir que, efetivamente, teve acesso a todas as informações e dados constantes nos referidos arquivos, aliás, o que restou confirmado com a apresentação da defesa, na qual o defendente apontou os diversos itens da autuação que, segundo sustenta, determinam a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Quanto à alegação de ausência de agrupamento de itens de mercadorias na forma do art. 3º, III, da Portaria nº 445/1998, por se tratar de questão de mérito a análise será feita a seguir.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, especialmente a prevista no seu inciso II, conforme aduzido pelo impugnante, por não restar caracterizado o cerceamento do direito de defesa.

No que concerne ao pedido de diligência, considero desnecessária sua realização, haja vista que antes mesmo de o presente processo chegar a este CONSEF, após a defesa inicial e informação fiscal, várias foram as manifestações do autuado e contestações do autuante, o que resultou na revisão do levantamento pelo próprio autuante, que refez os cálculos e reduziu substancialmente o valor do ICMS originalmente exigido.

Além disso, o contribuinte teve o prazo de defesa reaberto em 60 (sessenta) dias, em face da alteração ocorrida na infração 01 - que passou de omissão de saídas para omissão de entradas – por ter o autuante considerado as alegações defensivas e documentos apresentados.

Independentemente da redução acima referida, por óbvio, caso restasse qualquer dúvida quanto aos valores remanescentes haveria necessidade de conversão do feito em diligência, entretanto, no presente caso, considerando que o autuado materialmente nada mais trouxe após a última revisão apresentada pelo autuante, considero os elementos acostados aos autos suficientes para formação do meu convencimento sobre a Decisão da lide.

Cumpra registrar, ainda, que a alegação defensiva de que fez por amostragem a identificação dos equívocos existentes no levantamento não pode servir como fundamento para formular o pedido de diligência, haja vista que teve tempo hábil para apresentação, se fosse o caso, de todos os elementos dos quais é detentor capazes de elidir a autuação.

Diante disso, indefiro o pedido de realização de diligência, com fulcro no art. 147, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 - aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, a autuação diz respeito à apuração do ICMS devido mediante levantamento quantitativo de estoque, tendo sido constatada no exercício de 2012 e exercício de 2013, diferenças tanto de saídas como de entradas, sendo exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. No presente caso, levou-se em conta, para o cálculo do imposto, no exercício de 2012 (infração 01) o maior valor monetário – o das saídas tributáveis – e no exercício de 2013 (infração 02) o maior valor monetário das entradas.

Conforme consignado acima, após a defesa inicial e informação fiscal, o presente processo ainda permaneceu no âmbito da Inspeção Fazendária de origem – antes de ser encaminhado a este CONSEF - tendo o autuado se manifestado por várias vezes e, da mesma forma, o autuante que acatou as diversas alegações do impugnante e revisou o levantamento refazendo os cálculos e reduzindo o valor do débito.

Constato que à questão do agrupamento de itens de mercadorias, previsto no inciso III do art. 3º da Portaria nº 445/1998, foi corretamente abordada pelo autuante, no sentido de que na Auditoria Eletrônica os itens de mercadorias selecionados são referenciados pelos seus respectivos códigos, sendo que cada código é

considerado como um produto distinto e tem associado a ele os seus custos de estoques e preços de entradas e de saídas do exercício fiscalizado, cabendo ao contribuinte assim proceder, em face do que estabelece o RICMS/BA. Ou seja, para cada produto deve o contribuinte indicar um único código e uma descrição padronizada. Coaduno com esse entendimento.

Entretanto, independentemente disso, no presente caso, para os produtos que apresentavam mais de um código ou códigos fiscais idênticos utilizados para mais de um produto a Fiscalização procedeu corretamente os ajustes necessários, conforme novos demonstrativos que foram elaborados.

Quanto à alegação defensiva atinente à existência de divergências nos estoques finais do exercício de 2012 com os estoques iniciais do exercício de 2013, para alguns dos códigos de produtos selecionados para o levantamento fiscal, verifico que o autuante de forma escorreita acatou a argumentação defensiva, e efetuou as correções e ajustes necessários.

Observo também que, relativamente à alegação defensiva atinente ao produto código “00000960”, Notas Fiscais de entrada n°s 12.244 e 12.372, de 20/02/2013 e 01/03/2013, respectivamente, não foram consideradas para fins de mensuração das entradas, o que resultou na suposta omissão apontada pela Fiscalização foi corretamente acatada pelo autuante que efetuou a devida correção.

Da mesma forma, a alegação defensiva atinente ao produto código “00001228”, Nota Fiscal n° 4376, emitida em 15/06/2012, referente à devolução, também foi acatada corretamente pelo autuante que efetuou a devida correção no levantamento fiscal.

No que concerne à alegação defensiva atinente à baixa de estoques, observo que, apesar de o autuante ter tido que em todo período fiscalizado, no caso exercícios de 2012 e 2013, constatou apenas uma única Nota Fiscal com o CFOP 5927 – Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração - no caso a Nota Fiscal n° 6355, emitida em 21/06/2013, contendo sete itens de mercadorias selecionadas para o levantamento fiscal, sendo estes itens os únicos produtos que constam corretamente do levantamento fiscal, exercício de 2013, com CFOP de baixa de estoque, tal afirmativa não foi expressamente objeto de contestação por parte do autuado.

Cabe registrar que, na sessão de julgamento do Auto de Infração em exame, a ilustre representante do autuado ao exercer o direito de sustentação oral de suas razões reiterou o questionamento sobre a baixa de estoque, entretanto, materialmente nada apresentou.

Conclusivamente, observo que o autuante abordou todos os tópicos aduzidos pelo impugnante, no caso agrupamentos, códigos com zeros à esquerda e sem zeros à esquerda relativos a um mesmo produto; informações de estoque no livro Registro de Inventário referentes aos exercícios de 2012 e 2013; operações de transferências; quebras normais; tendo efetuado as correções e ajustes devidos, o que resultou na modificação da diferença de maior expressão monetária na infração 01 - que passou de saídas para entradas - e, consequentemente, na redução dos valores originalmente exigidos, passando o ICMS exigido no exercício de 2012 (infração 01) para R\$68.098,86 e no exercício de 2013 (infração 02) para R\$27.077,58, totalizando o ICMS devido o valor de R\$95.176,44, conforme demonstrativos de fls. 430 e 438 dos autos.

Diante do exposto, o Auto de Infração é parcialmente procedente remanescendo o ICMS devido no valor de R\$ R\$95.176,44.

Por derradeiro, no respeitante ao pedido do impugnante de que todas as publicações e intimações relativas ao presente feito sejam realizadas em nome do Dr. Otto Cristovam Silva Sobral, inscrito na OAB/RJ sob o n° 146.539, no seu endereço profissional situado na Rua Sete de Setembro, 54, 3° andar, Centro, Cidade e Estado do Rio de Janeiro, CEP 20.050-009, nada obsta que o setor competente da repartição fazendária atenda a solicitação, contudo, consigno que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação do contribuinte se encontram previstas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 1ªJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- i. Rejeitou a preliminar de nulidade, por entender que não teria ocorrido no processo qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, especialmente aquela disposta no inciso II. Dessa forma, destacou não ter havido cerceamento ao direito de defesa. De igual forma, refutou o pedido de diligência, ao considerar que não seria necessária para a correta apreciação dos fatos;
- ii. No mérito, constatou que o agrupamento de itens de mercadorias, previsto no inciso II do artigo 3° da Portaria n° 445/1998 teria sido corretamente utilizado pelo autuante, de modo que o Defendente deveria ter indicado um único código e uma descrição padronizada.

Apontou ainda, que independente disso, no presente caso, para os produtos que apresentavam mais de um código ou códigos fiscais idênticos, a fiscalização teria procedido aos ajustes necessários, conforme os novos demonstrativos que foram elaborados;

- iii. Quanto à alegação de que haveria divergências entre os estoques finais do exercício de 2012 com os estoques iniciais do exercício de 2013, verificou que o autuante teria acatado de forma escoreita a argumentação defensiva, efetuando assim todas as correções necessárias;
- iv. Em relação à alegação de omissão do produto de código “00000960”, pertencente às Notas Fiscais de nºs 12.244 e 12.372, de 20/02/2013 e 01/03/2013, respectivamente, no momento da fiscalização, observou que, posteriormente, o i. Fiscal teria suprido a omissão nos novos demonstrativos. Pontuou ainda que, igualmente, fora corrigida a alegação referente ao produto de código “00001228”, de nota fiscal nº 4376, emitida em 15/06/2012;
- v. Concluiu aduzindo que o autuante teria abordado todos os tópicos levantados pelo Defendente, tendo efetuado as correções e ajustes devidos, de modo que os valores das infrações 1 e 2 foram reduzidos para a monta de R\$ 68.098,86 e 27.077,58, respectivamente.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 571/579)**.

- i. Arguindo que os trabalhos da fiscalização teriam sido realizados através de informações de arquivos eletrônicos no SPED (EFD-Fiscal), e que esse procedimento fundamenta presunção relativa de operações sem documento fiscal, a qual, por sua natureza se sujeitaria a prova em contrário;
- ii. Verificou que, quando da apresentação da última informação fiscal, a Autuante teria invertido os critérios originais, passando a vislumbrar suposta omissão de entradas nos períodos de 2012 e 2013, através do procedimento de amostragem de itens. Seguiu aduzindo que tal proceder não teria considerado todas as quebras inerentes à atividade do recorrente, conforme seu inventário contábil/gerencial. A título de demonstração, citou os produtos de código “1224”, “PDT0001203”, “PCK0101203”, “1226”, “1225” e “12450”;
- iii. Argumentou que as perdas caracterizadas como anormais, que geram impactos relevante na apuração, devem ser registradas e escrituradas sob classificação fiscal própria, isto é, CFOP 5.927, conforme a legislação vigente, mas que o que se está a discutir seriam as perdas corriqueiras, inerentes ao processo produtivo, e que aquelas perdas anormais teriam sido lançadas com a classificação determinada em lei;
- iv. Requereu, por fim, que essas diferenças entre perdas normais e anormais fossem acatadas pelo CONSEF, de modo a elidir as infrações, bem como requereu a produção de diligência para apuração dos fatos alegados.

Por fim, a PGE/PROFIS emitiu Parecer (fls. 586/588), opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário, sob os argumentos:

- i. De que o Recorrente não teria trazido aos autos argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão, bem como porque não colaciona provas materiais capazes de comprovar as supostas perdas normais envolvendo os produtos tubos de cofre e gás refrigerante;
- ii. Opinou pelo indeferimento do pedido de diligência, sob o argumento de que o lançamento já teria sido objeto de revisão fiscal pela Autuante, que já teria feito os cálculos de modo a reduzir substancialmente o valor do ICMS originalmente exigido;
- iii. Destacou ainda que as infrações estariam devidamente tipificadas e comprovadas mediante demonstrativos, notas e levantamentos fiscais, bem como todos os procedimentos do RPAF

teriam sido observados.

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Recurso.

VOTO

Trata o presente de Recurso de Ofício e Voluntário. O primeiro, interposto pelos julgadores da 1ª JF deste CONSEF, tem por objeto a reapreciação do Acórdão de nº 0117-01/15 que impõe sucumbência da fazenda pública estadual em relação à infração constante no Auto, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA. O segundo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, é no sentido de modificar o mesmo acórdão de primeiro grau, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido.

O Auto de Infração é composto de duas infrações que acusam o Contribuinte de falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. A Infração 01 refere-se ao exercício de 2012 e a Infração 2 ao exercício de 2013.

O recorrente, em que pese a substancial redução do valor inicialmente lançado, remanescendo a exigência no valor de R\$95.176,44, se insurge contra a Decisão de piso aduzindo, em apertada síntese, que a acusação fiscal é totalmente improcedente, pois, foi desconsiderada a situação particular das quebras normais e anormais da sua atividade, nada mais.

Por primeiro, analisando o pedido de diligência formulado pelo recorrente, vejo que não há motivo para acolhimento eis que os elementos trazidos aos autos são suficientes à formação do meu convencimento, lembrando que nada foi trazido aos autos além dos elementos já apreciados pela instância a quo e que tiveram o condão de reduzir o montante do imposto inicialmente lançado. Assim, denego o pedido de diligência do Sujeito Passivo.

Avançando sobre o Recurso do Contribuinte, merece registro que as razões recursais, em que pese ter conseguido desconstituir aproximadamente 70% da autuação, carregam grande dose de consistência argumentativa, visto que é de corriqueira sabença que nas transições de um exercício fiscal para outro, mercadorias saem ou entram nos estoques de maneira escritural, sem que se verifique a presença física das referidas mercadorias nos estoques do remetente ou mesmo do destinatário. O mesmo, em sentido amplo, se pode dizer das quebras dos estoques em razão de perdas.

Entretanto, como visto desde a acusação fiscal, a imputação deriva de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, e como tal, a desconstituição da acusação se fará em razão de demonstrações de ordem fática – provas cabais da inexistência de omissões -, ou por meio de demonstração de ordem legal, quando há na legislação permissivo que autorize a consideração das ditas perdas para efeito do levantamento de estoques, o que não é o caso trazido aos autos.

No caso em lide, em sede recursal, vejo que o recorrente apenas repisou as suas razões de defesa, já analisadas em primeira instância de julgamento, aduzindo que como suas razões de impugnação se consubstanciaram em amostragem de operações, o desfecho dado deveria ser estendido a todas as demais operações, independentemente de prova específica. Como dito, em que pese serem as razões recursais consistentes e absolutamente plausíveis, não se pode estender os efeitos da parte desconstituída mediante prova para a parte remanescente, apenas por dedução, haja vista que há a necessidade da demonstração da inocorrência do ilícito fiscal, item a item, como feito pelo Sujeito Passivo e reconhecido pelo autuante.

Nesses termos, entendo que não merece reparo a Decisão de piso, contudo, de posse dos elementos probantes, pode a ora recorrente, querendo, em sede de controle da legalidade,

provocar a PGE/PROFIS que, entendendo pertinentes as razões do Contribuinte, poderá representar para uma das CJF deste Conselho de Fazenda.

Ressalto ainda que o presente PAF guarda semelhança com outro apreciado por esta mesma CJF (Auto de Infração nº 206948.0003/14-7) que teve o mesmo desfecho.

Isto posto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Quanto ao Recurso de Ofício, vejo que a sucumbência do Estado deriva das razões de impugnação que tiveram o condão de fazer com que o próprio autuante, antes mesmo de o PAF chegar à Junta de Julgamento Fiscal, procedesse à revisão do lançamento.

Submetido à apreciação da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, todas as manifestações do autuado bem como as informações do autuante foram devidamente analisadas, restando claro que as razões de defesa redundaram na revisão do lançamento pelo autuante e ratificado pelos julgadores da Junta de Julgamento Fiscal que atestaram a correção das modificações levadas a efeito pelo autuante e que reduziram à exigência fiscal de R\$318.424,74 para R\$95.176,44 e que derivaram de provas apresentadas pela ora recorrente ao autuante, mantidas apenas as operações para as quais o Sujeito Passivo não logrou comprovar a inexistência de omissões.

Isto posto, considerando que o autuante acatou as razões e provas que lhe foram apresentadas, e que tudo foi devidamente ratificado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, entendo que não há motivos para divergir da Decisão de piso, motivo pelo qual NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

Em resumo, NEGOU PROVIMENTO aos Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos Voluntário e de Ofício para homologar a Decisão que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206948.0002/14-0**, lavrado contra **SPRINGER CARRIER LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$95.176,44**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS